Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir

Vol. 54, No. 2: Issue 129, Summer 2022, p.137-156

Online ISSN: 2538-3892

Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 27-11-2020 Revise Date: 04-04-2021 Accept Date: 04-04-2021

DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.67107.89806

Article type: Original

Validity and effectiveness of *banaee* condition (condition agreed upon before the contract but not mentioned in it) in Iranian jurisprudence and civil law

Reza Maqsoodi, Ph.D. Garduate of private law, Isfahan Branch (Khorasgan), Islamic Azad University, Isfahan, Iran

Dr. Seyed Mostafi Mohagheg Damad, Professor of Law Department, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran(Corresponding Author)

Email: m_mohaghegh@sbu.ac.ir

Dr. Seyed Mehdi Allameh, Assistant Professor, Department of Law, Isfahan Branch (Khorasgan), Islamic Azad University, Isfahan, Iran

Dr. Alireza Mazloum Rahani, Assistant Professor, Department of Law, Quds City Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Dr. Hormuz Asadi koohbad, Assistant Professor, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran

Abstract

Before drafting the contract, following preliminary negotiations or on the basis of Islamic business practice and custom, the parties may accept some requirements and make the contract based on it, but do not specify it in the contract or do not need to repeat it in the text of the contract. A dispute has arisen in the validation and identification of the condition agreed before the contract, which is also called *banaee*, *tabani* or *tavati* condition, and the extent of the effect and influence of the condition included in the contract to such conditions.

Since the *tabani* condition is not in the scope of composition and is a preliminary condition, the validity and origin of its effect and the extension of the effect and influence of the condition in the contract to this type of agreement which is neither explicit (conformity) nor implied (implicit)) is not mentioned in the text of the contract, it is not easily possible and its acceptance faces harmful legal consequences and serious obstacles at the stage of *soboot*(as something is in reality) and *esbat*(as we think something is).

Keywords: *tabani* condition, *banaee* condition, implicit condition, compositional commitment, spiritual condition.

Journal of Fiqh and Usul

سال ۵۴ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۹ - تابستان ۱۴۰۱، ص ۱۵۶ - ۱۳۷ HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸ شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸

CC BY

تاریخ دریافت:۱۳۹۹/۰۹/۰۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۱/۱۵ تاریخ پذیرش:۱۴۰۰/۰۱/۱۵

نوع مقاله :پژوهشی DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.67107.89806

اعتبار و کارایی شرط بِنائی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

دکتر رضا مقصودی

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی،واحد اصفهان(خوراسگان)،دانشگاه آزاد اسلامی،اصفهان،ایران

دکتر سیدمصطفی محقق داماد(نویسنده مسئول)

استاد گروه حقوق،دانشگاه شهید بهشتی،تهران،ایران

Email: m_mohaghegh@sbu.ac.ir

دکتر سیدمهدی علامه

استادیار گروه حقوق،واحد اصفهان(خوراسگان)،دانشگاه آزاد اسلامی،اصفهان،ایران

دکتر علیرضا مظلوم رهنی

استادیار گروه حقوق،واحد شهر قدس،دانشگاه آزاد اسلامی،تهران،ایران

دکتر هرمز اسدی کوه باد

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی،واحد رامهرمز،دانشگاه آزاد اسلامی،رامهرمز،ایران

چکیده

عاقدان قبل از انشای قرارداد در پی مذاکرات مقدماتی یا برپایه عادت و رویهٔ مسلّم تجاری ممکن است الزاماتی را پذیرا شوند و عقد را مبتنی بر آن جاری سازند، ولی در ضمن عقد به آن تصریح نکنند یا به تکرار آن در متن قرارداد، لزومی نیابند. در اعتباربخشی و شناسایی شرطِ توافق‌شده قبل از عقد که آن را شرط تبانی، بِنائی یا تواطی نیز نامیده‌اند و تسریِ اثر و نفوذ شرط ضمن عقد به این‌گونه شروط، اختلاف پدید آمده است. شرط تبانی ازاین‌رو توسط فقیهان بزرگی پذیرفته شده است که آن را نه بیگانه از عقد که مرتبط یا قیدِ معنوی عقد و ملحق به شروط ضمن عقد دانسته‌اند. ازنظر مشهور فقها، شرط معتبر آن است که با عقد گره خورَد و با آن درگیر شود و به تعبیر دیگر در صُلب عقد، انشا شود. در طرح پیشِ رو با روش توصیفی‌تحلیلی، اعتبار شروط بنائی بررسی شده است. ازآنجاکه شرط تبانی در قلمروِ انشا قرار ندارد و در حکم شرط ابتدایی است، اعتباربخشی و منشأ اثر یافتن آن و تسریِ اثر و نفوذ شرط ضمن عقد به این نوعِ توافق که نه به صراحت (دلالت مطابقی) و نه اشاره (دلالت التزامی) در متن عقد ذکر نشده است به‌آسانی ممکن نیست و پذیرش آن، در مرحلهٔ ثبوت و اثبات با تبعات زیان‌بارِ حقوقی و موانعِ جدی روبه‌رو است.

واژگان کلیدی: شرط تبانی، شرط ضمن عقد، شرط ضمنی، التزام انشایی، قید معنوی.

مقدمه

اهمیت پرداختن به حلقات مفقودهٔ شرط و فایده و اثر یافته‌های پژوهش حاضر به‌سبب آن است که انگیزه‌ها و مقاصد متعاقدین، اعم از سلب‌ها و منع‌ها، تحمیل‌ها و تحصیل‌ها، الزامات و التزامات، تحدیدها و اضافات و نیز کاستن یا افزودن آثار و نتایج عقد، همگی محصول عاملی به نام شرط است. تحولات نوین در قراردادها، اهمیت و ضرورت پرداختن به این موضوع را مضاعف کرده است؛ چراکه به نظر می‌رسد دایرهٔ مواردی که مراد مشترک طرفین به شرط تعلق گرفته و عقد به‌عنوان قالب یا پوسته‌ای برای لزوم‌بخشی به شرط متعلَّق قصد واقع می‌شود، رو به تزایدی چشمگیر است. در واقع در بسیاری از موارد، نقش شرط در قصد مشترک طرفین از تأثیر قرارداد در روابط متعاقدین، بیشتر و مهمتر جلوه می‌کند؛ به‌خصوص در عقود موسوم به مغابنه یا مخاطره که برتری‌جویی و مزیت‌طلبی در گرفتن امتیازات و افزودن حقوق یا تحمیل خواسته‌ها و تحدید مسئولیت‌ها از طریق شرط حاصل می‌شود. پس در این تحول، نگاه سنتی به شرط، فرعی و تبعی تلقی‌کردن آن یا تبعیت محض شرط از عقد در صحت و فساد و نیز تسری فساد از شرط به عقد، مورد چالش و تردید جدی قرار می‌گیرد. امروزه با پیشرفت و پیچیدگی روابط اجتماعی، دامنهٔ تعهدات و التزامات، وسعت و عمق چشمگیری یافته است. پیدایش عناوین و پدیده‌های نوظهور بر اهمیت شروط ضمن عقد افزوده است. در این رهگذر، کمتر قراردادی را می‌توان یافت که مصون از درج شرط در ضمن آن بماند و این، حکایت از نیازی اجتماعی دارد که با توسعهٔ روابط اجتماعی و قراردادی تشدید شده است. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها نیز این امکان را برای متعاقدین تسهیل و در درج شروط مطلوب از حمایت قانونی بهره‌مند ساخته است.

از طرفی قرارداد، جریان به‌هم‌پیوسته است و از چندین نشست و مذاکره تشکیل می‌شود؛ درنتیجه، نگاه به معامله و ارادهٔ سازندگان آن نباید از مقدمات و مبانی قرارداد گسسته شود. از سوی دیگر عاقدان، جزئیات مذاکرات و تفصیل مسائل و قرارهای تبادل‌شده را در عقد ذکر نمی‌کنند و این خود می‌تواند منشأ اختلاف شود. آیا ایفای شروط تبانی که طرفین خود را بی‌نیاز از تصریح بدان در متن عقد دانسته یا محل غفلت و تسامح واقع شده‌اند؛ مانند شرط ضمن عقد لازم است؟ یا ذکرنکردن قرار یا توافق در متن عقد به‌منزلهٔ انصراف است و این‌گونه مسائل از دایرهٔ تعریف شرط خارج‌اند؟ یا از قاعدهٔ لزوم وفای به شرط تبعیت نمی‌کنند؟ درحالی‌که برخی تحقیقات (مقاله:«ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی» نوشته: علیرضا صابریان)، شرطی که حاصل مذاکرات پیش از عقد است و در متن عقد تصریح نمی‌شود، معتبر شناخته و به آن در برابر شرط ضمنی عرفی، شرط ضمنی بنایی اطلاق گفته می‌شود و آن را نیز مدلول التزامی عقد و نافذ شمرده‌اند، در بعضی آثار حقوقی (نظریهٔ عمومی شروط و التزامات دکتر سیدمصطفی

محقق داماد)، شرط بنایی قبل از عقد را به ضرورت صحیح و لازم‌الوفا می‌داند و مشکل اثبات چنین شرطی را برعهدهٔ مشروط‌له می‌گذارد که مدعی محسوب می‌شود.

۱. معنای شرط

شناسایی اعتبار شرط بنایی و موضوع تسری احکام شروط ضمن عقد به آن، وابسته به‌معنای مراد از شرط و تفسیری است که از شرط ضمن عقد وجود دارد. قانون مدنی، فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در پانزده ماده اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده، اما تعریفی از شرط ضمن عقد ارائه نکرده است. معنای شرط در آثار حقوقی به پیروی از مشهور فقیهان به‌ویژه شیخ انصاری و برخی شارحان مکاسب با ارجاع به تعریف اهل لغت یا استناد به فهم عرفی، الزام و التزام (تابع یا مستقل) نامیده شده است (انصاری، مکاسب، ۱۳۵/۶).

۱. ۱. ایراد به نظریهٔ الزام و التزام

مرجع شناسایی معنای شرط، تفاهم عرفی است؛ چراکه مقررات حقوق مدنی در عناوین موضوعات، تابع عرف‌ها و مبتنی بر آداب‌ورسوم مردمان است. بنابراین حکم شرع و رسم قانونگذاران، بر امضای عرف و عادات است. پس باید آنچه عرف مردمان و رفتار شهروندان در مواجهه با شرط ضمن عقد دریافت می‌کنند، مدنظر و استنباط دقیق و درست قرار گیرد تا معنای مطابقی شرط از معنای لازم آن تفکیک شود. اما تبادر عرفی از واژگان در گذر زمان و تطور تاریخ، درنتیجهٔ عوامل تأثیرگذارِ لغوی، فکری و اجتماعی، دچار دگرگونی می‌شود؛ ازاین‌رو در حوزهٔ استنباط، تبیین مقصود از واژه‌ها نقش محوری دارد و از اصول روش تحقیق به شمار می‌آید.

ارادهٔ انشایی، شرط را می‌آفرینند تا در حل نیازها و گشایش اموری به کار رود که به‌طور طبیعی از توان عقد خارج است. تفسیر شرط در تفاهم عرفی، علاوه بر حفظ مبانی و انضباط حقوقی، محتاج انعطاف و پرهیز از جمود و تصلبی است که در دیگر قواعد حقوقی دیده می‌شود. لذا بازخوانی و ارزیابی نظراتی که تاکنون در کالبدشناسی و تفسیر معنای عرفیِ شرط ارائه شده است، می‌تواند ضمن طرح راهکار مناسب برای حفظ حقوق مشروط‌له در رویهٔ قضائی، پژوهنده را از افتادن در نتایج اشتباه مصون دارد. حق آن است که الزام و التزام نتیجهٔ شرط است، نه معنای خود شرط. الزام و اجبار، مدلول التزامی شرط است نه معنای مطابقی آن. معنای التزامی؛ یعنی لازمهٔ معنایی که واژه برای آن لوازم وضع نشده است. تعاریفی که در کتب فقهی و لغوی از معنای شرط شده، نوعی خلط بین معنای مطابقی شرط با مدلول التزامی آن است. انسان‌ها در حریم درونی خویش، دریافت‌های مشترکی دارند که انکارشدنی نیست و از آن به وجدانیات عام تعبیر

می‌شود. اگر حقیقت عرفی را مستند درک و فهم معنای شرط بدانیم، در دریافت عمومیِ وجدان عرف، معنای مطابقی شرط الزام و اجبار نیست.

۱. ۲. معنای منتخب از شرط

باید بین شرط نظری که حاصل انتزاع ماهیت حقوقی و دلالت التزامیهٔ شرط است با شرط عملی که فهم رایج عرف مردمان و دلالت مطابقیهٔ شرط است، تفاوت گذاشت. وقتی کسی می‌گوید: این کالا را به تو می‌فروشم به شرط آنکه فلان کار را برای من انجام بدهی، نتیجهٔ مقصود طرفین آن است که اگر به این شرط عمل نکردی با توسل به قوای عمومی و دادگستری، تو را الزام بر عمل به مفاد شرط می‌کنم. معنای شرط آن است که اگر به مدلول آن عمل نشود، ضمانت اجرایی از نوع الزام دارد. به‌عبارت‌دیگر، الزام و التزام از احکام و آثار شرط است، نه معنای شرط و لذا مفروض‌گرفتن معنای الزام و التزام برای شرط، خلط بین شیء و لازم شیء است (عابدی، دروس خارج فقه، ۳۸).

پس، شرط معنایی است که در صورت وفانکردن سبب تزلزل در عقد می‌شود؛ یعنی یکی از دو طرف می‌تواند آن را به هم بزند و بقیهٔ معانی، مترتب بر تزلزل است. شرط تابع، نوعی شرط ضمنیِ عرفی در مقابل شرطِ صریح است؛ یعنی معنای شرط ضمن عقد آن است که طرفین با زبان بی‌زبانی می‌گویند اگر به شرط عمل نشود، پایبندی و التزام مشروطله به لزوم عقد نیز برداشته می‌شود و این خود، یک شرط ضمنی ضمن‌العقد یا به‌عبارت‌دیگر شرط ضمن‌العقد، خود شرطی ضمنی است. عقد در صورت تصریح‌نکردن و بیان‌نکردن، انصراف به چنین شرط ضمنی عرفی دارد.

درحقیقت، عاقدان در یک عقد لازم دو پیام مخابره می‌کنند: پیام اول، در حوزهٔ انعقاد و پیام دوم، در مرحلهٔ اجرا؛ مثلاً در عقد بیع، بایع در ظرف اعتبار با انشای واحد دو پیام منتقل می‌کند: یکی صریح که می‌گوید: مبیع را تملیک و ثمن را تملک کردم و مشتری هم می‌گوید: این ثمن را تملیک و کالا را تملک کردم. این قراری معاملی در حوزهٔ تملیک و تملک است. دیگری ضمنی که به این قرار ملتزم هستم و روی آن می‌ایستم (اصل لزوم). این پیام دوم، تعهدی است که عقد لازم به دلالت التزامی بر آن شهادت می‌دهد. این دو التزام مانند دو پادشاه در اقلیم عقد گنجانده شده‌اند.

۲. اعتبار شرط بنایی

با این تحلیل از ماهیت شرط و دریافت فهم عرفی از شرط ضمن عقد، شناسایی و الحاق شرط بنایی به شروط لازم‌الوفا، محل تردید جدی و سبب اشکالات مبنایی در مقام ثبوت و اثبات است.

۲. ۱. برهان علمی (مقام ثبوت)

أ. میرزای نائینی شروط را ازنظر جایگاه و اعتبار، بدین شکل طبقه‌بندی می‌کند:

۱. شرطی که در متن عقد درج شده است. این شرط به‌اقتضای حکم وضعی و تکلیفی لازم‌الوفا است.

۲. شرطی که در ضمن عقد نیامده که خود دو گونه است:

أ. مفاد شرط، صرف تعهد و التزام یک جانبه‌ای است که عقد و معاوضه‌ای به‌دنبال ندارد که به آن شرط ابتدایی گفته می‌شود و تردیدی در اعتبار آن نیست.

ب. شرطی که دو طرف قبل از عقد بر آن توافق و تواطی کرده‌اند، اما این تبانی در متن عقد درج نشده است. طبق‌نظر مشهور، این قسم لازم‌الوفا نیست و فی‌الجمله محل اشکال است. نهایت اثر تواطی بر شرط، ایجاد انگیزه و رغبت بر انشای عقد است و تخلف از داعی مانند سایر موارد به صحت و نفوذ عقد آسیبی نمی‌رساند. در غیر این صورت اگر قصد طرفین منوط به وجود شرط باشد، لازمهٔ تخلف شرط، بطلان عقد است، نه ایجاد حق فسخ که مورد ادعاست.

شارح نامدار مکاسب سپس قیاس شرط تبانی با تعاهد عرفی را این‌گونه رد می‌کند که ممکن است گفته شود بین شرط عرفی ضمنی با شرط تبانی تفاوتی نیست و هر دو در اینکه عقد مبتنی بر آن واقع شده مشترک هستند، مگر اینکه دلیل نفوذ شرط ضمنی، عرف و عادت است که در فرض غفلت یا حتی ناآگاهی طرفین از عرف نیز حاکم بر روابط حقوقی آن‌هاست، اما نفوذ و اعتبار شرط بنایی وقتی است که محل غفلت یا فراموشی دو طرف واقع نشود تا ابتنای عقد بر آن صدق کند

پاسخ این است که اعتبار شرط ضمنی به‌لحاظ دلالت التزامی عقد بر آن است. بین شرط ضمنی و الفاظ عقد، تلازم ذهنی از نوع بیّن به‌معنای اخص برقرار است که به‌محض تصور لفظ، معنا نیز بدون نیاز به قراردادن واسطهٔ دیگری به ذهن می‌آید. این شرط به‌سبب تعاهد و تفاهم نزد عرف از مدلولات عرفی لفظ است، خواه متعاقدان آن را بخواهند یا خیر؛ اما بدیهی است که شرط تبانی، توافقی است تنها بین دو طرف قرارداد که عرفاً از الفاظ عقد با هیچ دلالتی فهمیده نمی‌شود و هرگز مدلول التزامی الفاظ عقد قرار نمی‌گیرد (نائینی، ۲۳۴/۳).

ب. معنای خیار چیزی جز توانایی فسخ و قدرت بر انحلال عقد نیست. کاربرد واژهٔ فسخ و انحلال تنها بین دو التزام مرتبط با یکدیگر درست و ممکن است؛ لذا اختیار و سلطه بر فسخ جز در متن عقد ممکن نیست. محقق اصفهانی با ذکر این ایراد در شرح خود بر مکاسب به آن پاسخ داده است (اصفهانی، ۲۱۹/۳).

ج. آیت‌الله خمینی، شرط را قراری مستقل، ضمن قرار بیع می‌داند که برای تحقق عنوان، نیازمند درج

ضمن عقد بدون هیچ ارتباط تقییدی با عقد (نه در عوضین، نه انشا و نه منشأ) است. بر این اساس، تـواطی قبل از عقد را انشایی مستقل شمرده که در قلمـروِ تعریـف شـرط نمی‌گنجـد (کتـاب البیـع، ۲۰۵/۵) و در تقسیمی دیگر برآن‌اند که اگر ماهیت عقد را التزام انشایی بدانیم، شـرط تبـانی از آن نظـر کـه لازمـهٔ قهـری دلالت مطابقی نیست، مدلول التزامی الفاظ عقد نیست و از مدار اعتبار بیرون است. اما اگر عقـد را التـزام نفسانی به شمار آوریم، تواطی قبل از عقد را می‌توان به‌لحاظ قرینهٔ عرفی و نـه دلالـت التزامـی لفـظ عقـد، معتبر شناخت (همان، ۱۱۳/۵).

د. شاید بتوان مدلول مادهٔ ۳۵۷ق. م را شاهدی بر اعتبار شرط ضمن عقد از نگـاه قانونگـذار دانسـت. گفتیم خاصیت شرط آن است که امر غیرتابع را تابع عقد می‌کند. طبق مادهٔ ۳۵۷ این کارکرد با ذکر صـریح در متن عقد حاصل می‌شود. مادهٔ ۳۵۷ق. م: «هر چیزی که برحسب عـرف و عـادت جـزء یـا تـابع مبیـع شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌شود؛ مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.»

۲. ۲. برهان عینی (مقام اثبات)

۲. ۲. ۱. دلائل نقضی

شواهد، مسائل و مثال‌های مهمی از اعتبارنداشتن شرط تبانی در احکـام و آرای فقهـی وجـود دارد کـه ثابت می‌کند شرط غیرمذکور در متن عقد حتی در شمایل شرط بنایی باطل است و بلکه اصلاً شرط نیست و وجوب وفا هم ندارد.

۱. اگر کسی بخواهد طلای شکسته را با طلای سالم معامله کند، با دو محـذور مواجـه اسـت: اگـر در ازای طلای شکسته بخواهد مبلغی اضافه پرداخت کند، مشمول ربـا می‌شـود و از طرفـی بـدون پرداخـت اضافه چون ارزش دو کالا یکسان نیست، توافق حاصل نخواهد شد. در باب ربا آمـده اسـت کـه در چنـین حالتی طرفین می‌توانند بر پرداخت مبلغ اضافه پیش از عقد گفت‌وگو و تراضی کنند و عقـد را مبنی‌بـر ایـن شرط منعقد سازند، بی‌آنکه شرط را در متن عقد درج کنند. این مثال یکـی از مصـادیق حیلـه‌های رباسـت (مکارم شیرازی، ۱۱۰). کسانی مانند شیخ انصاری که حیله‌های ربا را قبول دارند، چنین معامله‌ای که شرط پرداخت مبلغ اضافی در متن عقد نیامده است را صحیح می‌دانند. معنای قـول بـه صـحت و اعتبـار چنـین شرطی که عقد مبنی‌بر آن واقع شده، آن است که معامله صحیح است و حال آنکـه اگـر شـرط بنـایی دارای اعتبار و ملحَق به شرط ضمن عقد بود، معامله به‌دلیل ربوی‌بودن می‌بایست باطل می‌بود. اینکه بیـع باطـل نیست، یعنی شرط ولو شرط تبانی بیرون عقد که ضمن عقد نبوده است، وجـوب وفـا نـدارد، وگرنـه سـبب ربوی‌شدن و بطلان قرارداد می‌شد (تبریزی، ۴۴۲/۳).

۲. در مسئلهٔ اِخبار به رأس‌المال یا اعلان قیمت خرید کالا، گاهی فروشـنده می‌خواهـد قیمـت خریـد

خود را بیشتر اعلام کند و ضمن فریب مشتری از دروغ نیز پرهیز کند. با فرض اینکه فرشی را که یک میلیون تومان خریده است، با تبانی و هماهنگی و همدستیِ مثلاً شاگردش یک میلیون و پانصد هزار تومان به او می‌فروشد، با این شرط بنایی که شاگرد کالا را مجدد به همان قیمت یک میلیون و پانصد هزار تومان به خود او بفروشد. سپس فروشندهٔ اصلی به خریدار واقعی، قیمت خرید را یک میلیون و پانصد هزار تومان اعلام می‌کند و با بیع مرابحه به وی می‌فروشد. چنین بیعی را فقها صحیح می‌دانند. حال آنکه طبق نقل شیخ انصاری از علامه در تذکره: «اگر در بیعی شرط شود که مشتری مبیع را به بایع بفروشد، چنین شرطی مستلزم دور است. در تذکره آمده است: اگر چیزی را بفروشد به شرط اینکه مشتری همان را به بایع بفروشد، چنین بیعی صحیح نیست، چه ثمن همان باشد و چه تغییر کند، در غیر این صورت دور لازم می‌آید؛ زیرا اگر مشتری بخواهد آن را بفروشد، متوقف بر این است که مشتری مالک باشد و مالکیت مشتری هم متوقف بر بیع است، پس دور است» (انصاری، مکاسب، ۵۶/۶).

مطابق این استدلال، شرط فروش مجدد مبیع به بایع در متن عقد از آن نظر دور و باطل است که کالا همچنان در مالکیت فروشنده باقی است و تا از آن خلع ملکیت نکند، به مالکیت مشتری در نمی‌آید تا بتواند آن را مجدد به تملک بایع درآورد. برخی نیز بطلان را مستند به تحصیل حاصل و محال‌بودن آن دانسته‌اند. به‌هردلیل چنین شرطی را باطل می‌دانند.

ایراد بر اعتبار شرط بنایی آن است که باوجود بطلانِ چنین شرطی، چگونه در فرض مسئله، معامله را صحیح می‌دانند و حال آنکه اگر شرط تبانی واجد اثر و دارای حکم شرط ضمن عقد محسوب می‌شد، فتوا بر باطل‌شمردن عقد، ارجح و به صواب نزدیک‌تر بود. پس چنین توافقی که به‌شکل شرط بنایی، پیش از عقد حاصل شده است، فاسد است و شرط فاسد، لزوم وفا ندارد. پس باوجود فساد شرط، عقد درست است؛ هرچند مبنی‌بر شرط فاسد منعقد شده است. این مثال نیز شاهد دیگری است بر اینکه اگر شرطی باطل بود، ولی در متن عقد تصریح نشد، به عقد ضرری نمی‌زند؛ یعنی شرط فاسدِ خارج عقد، مفسد نیست.

۳. نمونهٔ دیگر، عقد نکاح موقت است. اگر زوجین بنای بر عقد منقطع داشتند، اما ذکر شرط مدت را در متن عقد نیاوردند، طبق نظر مشهور فقها، عقد موقت به نکاح دائم منقلب می‌شود؛ یعنی عقد موقت باطل و به‌خودی‌خود به عقد دائم تبدیل می‌شود. در بطلانِ عقد موقت بین فقها اتفاق‌نظر وجود دارد و اختلاف تنها در سرنوشت بعدی عقد است که آیا تبدیل به دائم می‌شود یا خیر؟ مبنای این نظر آن است که قاعدهٔ «العقود تابعة للقصود» در اینجا کارساز نیست و شرط مدتی که خارج از متن، عقد مبنی‌بر آن واقع شده است، تأثیر و اعتبار ندارد. فتوای امام‌خمینی (در مسئلهٔ ۹ از باب نکاح منقطع کتاب تحریر الوسیلة)

چنین است: «یُشتَرط فی النّکاح المنقطع ذکرُ الأجل؛ فلو لم یـذکُره متعمّـداً او نسـیاناً بطـلَ متعـة و انعقـد دائماً» (۳۱۱/۳).

خوئی شرط را عبارت از اناطه و ارتباط و شرط تبانی را دلیل لبّی، مرتبط با عقد و صدق شـرط را بـر آن بی‌اشکال و ملحق به شروط ضمن عقد می‌داند: «... فاذا کان ابراز المعاملة بانیاً علیه فیکـون مربوطـاً بهـا. فیکون الالتزامین-العقدی و الشرطی-مرتبطین» (۱۲۲/۳) و در موضع دیگری، مرتبهٔ شرط بنایی را پایین‌تر از مدلول التزامی عقد نمی‌شناسد: «... فلو لم یکن أولی من الالتزامات النوعیة فلا اقلّ من کونه مساویاً لها من حیث دخولها تحت الالتزامات» (همان، ۸۲/۳). بااین‌حال، ایشان برخلاف نظر سـید یـزدی کـه قائـل است فراموشی، مانع اعتبار و نفوذ شرط بنایی نیست و چون شرط به‌گونه‌ای بـوده اسـت کـه اگـر یـادآوری می‌شد طرفین بر التزام به آن تصریح می‌کردند، پس عقد مبتنـی بـر آن نافـذ اسـت (محقـق دامـاد، نظریـهٔ عمومی شروط و التزامات، ۱۸۲/۱)، در این مسئله که نیت متزوجین، عقد موقت است، ولی ذکـر مـدت را در متن عقد فراموش می‌کنند، شرط بنایی را فاقد تأثیر و فتوا بر تبدیل عقد بـه نکـاح دائـم را مطـابق قاعـده می‌داند (خوئی، ۳۲۴/۳).

۴. فقها، شرط نداشتن خیار قبل از عقد را به‌دلیل «اسقاط ما لم یجب» باطل می‌دانند؛ بلکه به‌طورکلی اشتراط هر امر مربوط به عقد را، اعم از شرط عدم ثبوت، عدم فسخ یا اسـقاط، تنهـا در مـتن عقـد درسـت می‌شناسند؛ چراکه عقد، سبب اشتغال است و قبل از آن ولو در چهرهٔ شرط بنایی بدون اثر و باطـل اسـت و دلیل شرط را منصرف از این مورد می‌دانند (خمینی، کتاب البیع، ۱۱۲/۵).

چنانچه شرط بنایی در حکمِ ذکر در متن عقد باشد، شرط اسقاط در چهرهٔ تبانی، مانند حالـت ضـمن العقد می‌باید صحیح تلقی شود؛ هرچند صحت شرط سقوط خیار پیش از وقوع عقد، طرفدارانی در بـین قدمای فقها دارد (محقق داماد، نظریهٔ عمومی شروط و التزامات، ۱۹۴).

محقق اصفهانی که شرط را قید معنوی عقد شمرده است، رکن اصلی و عنصـر سـازندهٔ شـرط را پیونـد عقد با شرط به‌گونهٔ تقیید (گره‌زدن یا درگیرشدن و به‌تعبیر دقیق‌تر «وقـع العقـد علیـه») می‌دانـد و حقیقـت شرطیت را بیگانه از مفهوم «درج ضمن عقـد» می‌شناسـد و شـرط تبـانی را بـه‌دلیـل دارابـودن ایـن وصـف جوهری؛ یعنی انشای قلبی معتبر می‌داند. ایشان به برخی از ایرادات نقضی، این‌گونه پاسـخ داده اسـت کـه منظور فقیهان شرط تبانی در باب ربا و مرابحه یا انقلاب نکاح موقت به دائـم در فـرض تصـریح‌نکردن بـه مدت در متن عقد، صرف گفت‌وگو و مقاولهٔ طرفین با انگیزه و امید بـه تحقـق عقـد مطـابق آن اسـت؛ امـا حالتی که بنای طرفین بر مقیدکردن عقد به توافق پیشین و ایجـاد سـاختمان تعهـدات قـراردادی بـر سـتون مذاکرات قبلی است، از فتوای فقها بر عدم شناسایی شرط بنایی خارج است (اصفهانی، ۱۷۲/۳).

اما چنین تفصیلی از شرط بنایی در کلمات فقیهان دیده نمی‌شود و به نظر می‌رسد عبارات ایشـان تـاب چنین تفسیری ندارد. به‌نظر فقها، شرط تبانی یعنی ابتنای عقد بر توافقی که مورد گفت‌وگو و انشای مسـتقل واقع شده یا بر امری که در حکم تصریح است (رویّه مسلّم) و به مجرد مذاکرهٔ پیش از عقد، تبانی یا تواطی گفته نمی‌شود تا مصحِّحِ چنین تفکیکی قرار گیرد. از طرفی، کمپانی بر ادعـا و تفسـیر خـود از کـلام فقهـا دلیلی ارائه نکرده و دلیل، عین مدعاست. شیخ انصاری نیز در مسئلهٔ ۲. ۱. (اخبـار بـه رأس المـال) چنـین پاسخ داده است: «و معلوم انّ المعامله لأجل هذا الغرض لا یکون الاّ مع التواطی و الالتـزام بالنقـل ثانیـاً» (مکاسب، ۵۶/۶).

۲. ۲. ۲. محذورات عملی

خوئی بر آن است که شرط به چیزی گفته می‌شود که مرتبط با عقد و در پیوند بـا آن باشـد؛ امـا اظهـار شرط در مقام انشا از ارکان اصلی شرط نیسـت (۱۲۲/۳)؛ بـا وجـود ایـن، نقـش محـوری مرحلـهٔ اثبـات، انکارشدنی و درخور اغماض نیست. از یک سو، مجرد درج شـرط در مـتن عقـد بـرای لـزوم وفـا کفایـت نمی‌کند. نمونه‌های عملی فراوان از شروط صوری وجود دارد که به‌قصد فرار مالیاتی در ضمن عقد گنجانده می‌شود یا شروطی که به‌سبب آن، عقد جایزی را ضمن عقد خارج لازم، درج کرده تا بـه ایـن وسـیله عقـد جایز اثر لزوم بیابد، درحالی‌که در واقع عقد خارج لازمی وجود نداشته است. اما از سوی دیگـر اولاً بـرای تأثیر اراده و تحقق انشا، مبرز خارجی شرط است (مادهٔ ۱۹۱ق. م) و ثانیاً در پی‌ریزی یک بنای حقـوقی، از تأثیر و دشواری مقام اثبات نمی‌توان غفلت ورزید. تا زمانی که ربط شرط بنایی به عقـد در چهـرهٔ اناطـه یـا تقیید کشف نشده، همچنان در ضمیر و قصد باطنی دو طرف پوشیده است و چـون الفـاظ عقـد بـه انحـاء دلالت (مطابقی، التزامی) بر آن گواهی نمی‌دهد، علم به وجود و ابتنای عقد بر شرط، محصور و محدود به دو طرف دعوی است. گفته شده اثبات آن برعهدهٔ خواهان است و تا زمانی که او وجود مـذاکرات و ابتنـای عقد را بر شرط ثابت نکند، دادگاه ادعای وی را نمی‌پذیرد (محقق داماد، نظریهٔعمومی شـروط و التزامـات، ۲۰۴)؛ اما این سخن مشکلی را حل نخواهد کرد (به‌اصطلاح: لا یرجع الی اصلٍ مضـبوطٍ یُعتَمَـد علیـه)؛ چراکه امرِ قضا مسئله‌ای کاملاً اثباتی است. در این مقام، نیت مطرح نیست و استناد به نیت در شرط قابـل خدشه است. دفتر، پیروزی در دعوی را اثبات و دلیل اثبات امضا می‌کند و تعلیق اثبات به امری کـه دلیلـی از ظواهر عقد آن را حمایت نمی‌کند و بین خواهان و خوانده مکتوم اسـت، خاصـه در مـواردی کـه ادعـای خواهان انکارشدهٔ طرف دیگر است، این نظر را در عمل عقیم و ناکارآمد جلوه می‌دهد.

این وضعیت مانند حالتی است که زوجه در مقام مطالبهٔ اجرت‌المثل کارهای خانه بخواهد غیرتبرعـی بودن و قصد اجرت را که امری باطنی و پوشیده در نیت است، اثبات کند؛ به‌ویژه آنگـاه کـه عـرف جامعـه

مقوم تبرع است. وانگهی، نفس شناسایی شرط بنایی در مرحلهٔ ثبوت، انضباط حقوقی در مقام اثبات را بر هم می‌زند. شرط بنایی منضبط و مضبوط نیست و شناسایی آن اولاً هر متعهدی را وسوسه می‌کند تا در تنگنای وفای به مدلول عقد به این ریسمان چنگ زند تا از التزامات قراردادی طفره رود. لذا باب ادعا و مجادله را می‌گشاید و خطرآفرین و بحث‌انگیز است؛ ثانیاً آرای قضائی را از استحکام و قوّت مبانی تهی می‌کند، سلیقه و طبع شخصی، محور تنظیم روابط حقوقی دو طرف قرار می‌گیرد و منجر به تشتت و تأسیس قواعد جدید در فقه و حقوق می‌شود. این انضباط‌نداشتن سبب پیدایش موارد آشکاری از خلط و التقاط و عدول از مبانی در رویهٔ قضائی شده است.

نمونه‌ای از این سرگشتگی و شاهدی بر این انذار، مدلول رأی شعبهٔ ۸ دیوان عالی کشور است که بین شرط بنایی که محتاج توافق و بیان یا در حکمِ تصریح است (مانند رویّه مسلّم)، با شرط ضمنی که مدلول التزامی عقد و تابع دلالت مطابقی است و علت مستقلی نمی‌خواهد، خلط و شرط حقوقی تازه‌ای در امکان الزام به تمکین تأسیس کرده است: «نظر به اینکه در عرف جامعهٔ ما معمول و مرسوم است که دختر و پسری که با هم ازدواج می‌نمایند، زوج با انجام عروسی زوجه را به منزل خود می‌برد و معمولاً آغاز زندگی مشترک بین دختر و پسری که عقد نکاح بین آنان منعقد گردیده، متوقف بر انجام مراسم عرفی از طرف زوج می‌باشد و در این‌گونه موارد، انجام مراسم عروسی غالباً توافق نانوشته بین دختر و پسر به‌هنگام انعقاد عقد نکاح محسوب بوده و آغاز زندگی مشترک مشروط به آن می‌باشد، بنابراین تا زمانی که دلیلی برخلاف این توافق ضمنی که عرف جامعه مؤید بر وجود آن بوده، اقامه و ابراز نشده، زوج مکلف به انجام این توافق و شرط ضمنی بوده و نمی‌تواند بدون انجام مراسم عرفی عروسی، زوجه را به شروع زندگی مشترک و تمکین از خود دعوت نماید» (رأی شمارهٔ ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۲۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۵ شعبهٔ ۸ دیوان عالی کشور).

در دادنامه‌ای دیگر، شعبهٔ ۲۱ دیوان عالی کشور در موضوع خواستهٔ ابطال مناقصه به‌سبب بحران ارزی و افزایش بی‌سابقهٔ قیمت آن چنین انشای رأی کرده است: «... در قراردادها شروط بنایی منوط بدان نیست که الزاماً در حیطهٔ یکی از عناوین، شرط وصف یا فعل یا نتیجهٔ مذکور افتد؛ بلکه به‌سبب تنوع آن و گاه خروج از حیطهٔ اقتدار متعهد، نمی‌توان و نباید آن را محدود نمود و درنتیجه آنچه موردادعای خواهان واقع شده (فورس‌ماژور ناشی از افزایش ناگهانی قیمت ارز با کیفیتی که مطرح شده) که بر اساس مراتب فوق و قاعدهٔ عقلی به‌عنوان شرط بنایی قابل‌تصور و تصدیق بوده (مادهٔ ۲۲۵ق. م و قواعد: التّعیین بالعرف کالتّعیین بالنص، المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً، المعروف بین التجّار، کالمشروط بینهم) آنگاه که مطالبهٔ آثار آن شود و این مطالبه مورد موافقت طرف مقابل نباشد، جواز رجوع ذی‌نفع را به داوری می‌دهد و دادگاه

باید در این ارتباط به دلایل خواهان رسیدگی می‌نمـود...» (رأی شـمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۸۵ مـورخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۱ شعبهٔ ۲۱ دیوان عالی کشور).

این دادنامه، اولاً برای موضوع شرط بنایی، وجه چهارمی تصور کرده که از عداد شـرط فعـل، صـفت و نتیجه خارج است؛ یعنی تفاوت در کیفیت ابراز را با مفاد شرط خلط کرده است؛ ثانیاً بین شرط ضمنی کـه محصول تعاهد عرفی و مدلول التزامی الفاظ عقد و معتبر است با شرط بنایی که در دایرهٔ التزام انشایی واقع نمی‌شود، التقاط آشکاری صورت داده که منجر به نتیجه‌ای نادرست شده است؛ ثالثاً به‌سـبب تنـوع اقسـام شرط بنایی، برای آن هیچ محدوده و حریمی قائل نشده و دامنهٔ شمول این شرط را بی‌نهایـت توسـعه‌یـافتنی پنداشته است؛ یعنی خوانده که خود را در تنگنای الزام به ایفای تعهد می‌بیند، در هر زمان و حالت می‌تواند به وجود شرطی بنایی موهوم متوسل شود و جریان دادرسی را معطل یا منحرف سازد. ایـن تفسـیر، بـدعتی خطرناک است که باید از آن پرهیز کرد؛ چراکه مبانی را مختل و به بهانهٔ عدالت، احقاق حـق را نـاموزون و نامنضبط می‌سازد.

پذیرش شرط بنایی که رد پایی از آن در متن عقد دیده نمی‌شود، ممکن است سبب عدم توافق اراده‌های باطنی عاقدان (که عنصر سازندهٔ عقد است) شود و عقد را باطل سازد. اگر در مذاکرات پیش از فروش یـک باب آپارتمان، مالک به خریدار اظهار دارد که فروش آپارتمان موکول بـه موافقـت بانـک بـا وام درخواسـتی ظرف یک ماه است و یک هفتهٔ بعد، ایجاب و قبول بیع بـدون ذکـر شـرط مـذکور واقـع شـود؛ درحالی‌کـه فروشنده ادعا می‌کند ارادهٔ او بر ایجاب عقد معلق بر موافقت بانک واقع شده است و خریدار اظهار می‌دارد ارادهٔ قبول عقد بدون تعلیق را انشا کرده است و سه روز بعد از ایجاب و قبول، بانک نیز با وام مزبور موافقت کند، در ظاهر بین ایجاب و قبول مطابقت وجود دارد؛ ولی اراده‌ها در بُعد قصد باطنی در خصوص ماهیت عقد (مطلق یا مشروط) با هم موافق نیست و درنتیجه عقد باطل است. لزوم تجلـی ارادهٔ بـاطنی طـرفین در متن عقد، سبب نمایش تلاقی و توافق خواستهٔ مشترک طرفین در مقام اثبـات می‌شـود و از طـرح ادعاهـای بحث‌برانگیز و مخاطره‌آمیز راجع به اشتباه اساسی و تطابق‌نداشتن اراده‌ها جلوگیری می‌کند.

شرط بنایی حاصل گفت‌وگو و مذاکرات پیش از عقد است. پس، حتی اگر رویه و عـادت مسـلّم را نیـز مصداق دیگر شروط تبانی بدانیم، از حوزهٔ نیت و قصـد قلبـی عبـور می‌کنـد و بـه قلمـروِ اراده و بیـان وارد می‌شود. به این سبب ابتنای عقد بر آن محتاج دلیـل اسـت و لازمـهٔ عقـد نیسـت. بـه‌تعبیـر دکتـر جعفـری لنگرودی: «بنای عقلا در عقود آن است که شروط و التزامات ناشی از عقد را در حـین عقـد، موردتصـریح قرار می‌دهند. باتوجه‌به این امر، وقتی متعاقدین پیش از عقد، راجع به امری از امـور راجـع بـه عقـد توافـق داشته‌اند و مع‌ذلک، در حین قصد انشای عقد، از یادآوری آن خودداری کرده‌اند، این امر، ظهـور در عـدول

از مطلب موردتوافق قبلی دارد یا لااقل اگر هم ظهور در آن نداشته باشد، مانع دلالت ایجاب و قبول بر آن امر می‌شود. این نظر بین فقها مشهور است» (تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۲۰۴).

عبارات مشهور فقیهان در لازم‌الوفانبودنِ شرط تبانی، مطلق است؛ یعنی بین شروطی که دو طرف بدون توجه و حتی با فراموش‌کردن مذاکرات قبلی مقرر کرده‌اند و شروطی که عقد را باتوجه‌به آن واقع ساخته‌اند، تفکیکی انجام نشده است. پس، این شروط مطابق تفاهم عرف، از قلمروِ انشا خارج است و این ادعا که شرط بنایی از اقسام شرط ضمنی است، پذیرفتنی نیست؛ چراکه شرط ضمنیِ عرفی از لوازم بدیهی و متعارف عقود است؛ مانند تساوی ارزش مالی و سالم‌بودن و نقدبودن عوضین در عقد بیع، لذا این امور اگر به هر دلیل ازجمله آشنانبودن به قانون، قصد صریح عاقدان هم قرار نگیرد، بنا بر تفاهم عرف داخل قلمروِ قصد انشا و قصد ضمنی ایشان است؛ چراکه عاقد «سربسته و یک کاسهٔ عقد متعارف را موردقصد خود قرار داده است و قصدنمودن عقد متعارف، با قصدنمودن امور مذکور ملازمه دارد» (همان،۲۰۴). اما شرط تبانی، از این دلالت عرفی محروم و از قلمروِ انشا خارج است؛ زیرا در تعاهد عرفی، مدلول ایجاب و قبول بر شروط مذکور دلالتی ندارد. اگر عقد به‌دلالت التزامی بر شرط بنایی گواهی می‌داد، به‌علت وجودی مستقل که همان جعل انشا یا آنچه در حکم آن است، وابسته نبود؛ طرف‌داران شرط بنایی آن را با نظریهٔ قید معنوی یا التزام نفسانی طرح و تقویت می‌سازند.

حاصل آنکه، شناسایی شرط بنایی، وابسته به کیفیت فهم معنای شرط است. اگر عنصر سازندهٔ شرط را چون محقق اصفهانی، التزام نفسانی یا به‌تعبیر سید یزدی قید معنوی عقد بدانیم، گریزی از پذیرش شرط تبانی نیست؛ اما بنا بر مبنای بزرگانی چون محقق نائینی و امام خمینی که عقد را التزام انشایی می‌دانند، امری که الفاظ عقد به‌دلالت مطابقی یا التزامی بر آن گواهی ندهد، از حوزهٔ صدق شرط و مدار اعتبار بیرون است. شرط بنایی جز با قرینهٔ عرفی شناسایی نمی‌شود و مدلول لفظ عقد واقع نمی‌شود.

بنا بر مادهٔ ۱۹۱ قانون مدنی که می‌گوید: «عقد واقع می‌شود به‌قصد انشاء به شرط مقرون‌بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، چون قصد امری باطنی است، نیاز به ظهور و تجلی خارجی دارد و برای تقابل دو قصد و تحقق عقد، وسیلهٔ انشا که کشف از قصد انشا می‌کند، لازم است؛ ازاین‌رو به نظر می‌رسد مبنای پذیرفته‌شدهٔ قانون مدنی ایران، التزام انشایی است که مجال ظهور و کشف از اراده یافته است. با وحدت ملاک می‌توان سکوت عاقدان راجع به ذکر شرط بنایی در متن عقد را به سکوت مالک در مجلس عقد فضولی قیاس کرد که اعم از رضا و خواست باطنی است و عام (سکوت) به هیچ‌یک از اقسام دلالت‌های منطقی بر خاص (رضایت) گواهی نمی‌دهد. «مادهٔ ۲۴۹ ق. م»

در مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی نیز الزام شخص به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه در صورتی جایز شناخته

شده است که وجه التزام ضمن معامله شرط شده باشد. «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند.»

برخی دادرسان به‌استناد همین مقررهٔ قانونی، مطالبهٔ خسارت تأخیر تأدیه را (که طی توافق جداگانه‌ای خواندگان متعهد گردیده‌اند در صورت عدم کارسازی سفته‌ها در سررسید، روزانه مبلغ پانصد هزار ریال بابت خسارت پرداخت نمایند) شرط ابتدایی و نامعتبر تلقی کرده‌اند و خواهان را مستحق آن ندانسته‌اند (دادنامهٔ شمارهٔ ۹۷۰۹۹۷۶۸۰۵۱۰۱۷۴۸ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۰۳ شعبهٔ ۵۱ شورای حل اختلاف اصفهان).

مستشار شعبهٔ ۲۶ دیوان عالی کشور نیز قید عدم ازدواج قبلی زوجه را بدون درج در متن عقد معتبر نشناخته است. «...به حکایت قرائن و امارات پرونده، زوج قبل از اجراء عقد فی‌الجمله از ازدواج قبلی زوجه اطلاع یافته و بر این اساس زوجه جهت جلب اطمینان بیشتر زوج در خصوص اینکه با همسر قبلی در عقد بوده و رابطهٔ زناشویی نداشته و باکره است، به اخذ گواهی راجع به باکره‌بودن خود در زمان ازدواج بعدی اقدام می‌کند. دادگاه صرف مطرح‌نکردن ازدواج قبلی را توسط زوجه در مجلس بله‌برون موجب تحقق حق فسخ برای زوج ندانسته و ذکر ازدواج قبلی را با فرض باکره‌بودن زوجه، شرط ضمنی عرفی نیز تلقی نکرده است؛ بلکه مطرح‌نکردن آن را امری متعارف شناخته که طرفین نخواسته‌اند بستگان از این موضوع مطلع باشند؛ درنتیجه، اعتبار شرط وابسته به اندراج آن در متن عقد است.»

مطابق نظریهٔ حاضر، هرچند لزوم عقد به شرط پیوند خورده و از این دریچه، شرط، قید عقد و انشای قلبی است، اما لازمهٔ تعلیق وفاداری به لزوم معامله بر التزام مشروط‌علیه، ادخال شرط در متن عقد است و این ادخال به‌معنای ظرفیت نیست. پس اثربخشی شرط، محتاج نوعی التزام انشایی است؛ چراکه دو سنگ ستون اصلی این سازه، یعنی شرط عرفی ضمنی و نظریهٔ انحلال عقد واحد به عقود متعدد جز با التزام انشایی (صریح یا ضمنی) توجیه‌شدنی و تحقق‌یافتنی نیست. بنابراین برای اعتباربخشی، شرط تبانی باید حداقل در متن عقد اشاره شود؛ مانند آنکه پیش از عقد نکاح راجع به مهریهٔ توافق شود و آنگاه شرط بنایی را با عبارتی نظیر «علی الصَّداق المعلوم» به متن عقد پیوند زنند. در این‌گونه موارد که قرارداد به شرط تبانی تعلق خاطر می‌یابد، ارادهٔ دو طرف پوشیده نیست؛ بلکه شرط، حلقه‌ای به نشان الفت و دلالت در کالبد قرارداد به یادگار گذاشته که اثری از ارادهٔ خواستن و تابع عقد است. درنتیجه، عقد التزام انشایی است. پس روح قرارداد و قصد مشترک دو طرف بدون واسطی که چون ریسمان، خواستهٔ پنهان و ناگفته را به عقد پیوند زند و با زبان بی‌زبانی آن نیت را از سیاق عبارات به دست دهد و بین عقد و شرط الفتی برقرار سازد، معتبر نیست. این فرایند همان مبرز خارجی است که گرچه نه به‌تصریح الفاظ عقد، بلکه به‌دلالت ضمنی عرفی

مشعِر بر قصد است. منشأ قضاوت عرف نیز دلالت عقلی التزامی است. وانگهی، خواستهٔ مشترک بدون مدلول التزامی احرازشدنی و اثبات‌شدنی نیست. معنای شرط ضمنی عرفی این است که گاهی باوجود تصریح‌نکردن، وجدان بیدار عرف معنایی از عقد دریافت می‌کند که لازمهٔ توافق و شرط عدالت معاوضی و مانند دلالت مطابقی حاکم بر روابط قراردادی است. بنابراین، حاکمیت ارادهٔ باطنی، تنها با این ضمیمه قابل دفاع است.

تلازم و انس ذهنی میان مدلول التزامی با معنای مطابقی الفاظ عقد به‌گونه‌ای است که می‌توان شرط ضمنی را به‌مثابهٔ مفهوم یا منطوق غیرصریح کلام، شناسایی کرد. مفهوم نه داخل جمله است به‌نحوی‌که با الفاظ ممزوج شده باشد و نه از الفاظ خارج است به‌گونه‌ای که بین جمله و مفهوم مفارقت باشد. پس شرط ضمنی، مصداق این عبارت است: «داخلٌ فی الأشیاءِ لا بالمُمازجة و خارجٌ عنها لا بالمباینة».

۲. ۳. شناسایی شرط بنایی به‌عنوان ثانوی

همهٔ شرایط را نیز نمی‌توان یکسان نگریست. شروط تبانی همه از یک سنخ و طیف نیستند. در مواردی نادیده‌انگاشتن شرط بنایی، توازن و تعادل اقتصادی، قرارداد را بر هم می‌زند؛ به‌گونه‌ای که آنچه آشکار مانده است به برخورد دو ارادهٔ آزاد و سودجو نمی‌ماند. این چیرگی منفعت به یک سوی با هم‌بستگی اجتماعی منافات دارد که عرف آن را نمی‌پذیرد و قانون را در اجرای عدالت به یاری می‌طلبد. وظیفهٔ دادرس تنها فصل خصومت نیست؛ او باید قضیه را حل‌وفصل کند و قناعت وجدان تنها با احقاق حق حاصل می‌شود. «... و به این دلیل به قاضی، فتاح نیز می‌گویند؛ زیرا کلید گشایش گره نزد اوست» (جعفری تبار، ۱۳۲). بنابراین، عدل که مبنای همهٔ عقود و فلسفهٔ وجودی احکامی چون خیار غبن شمرده می‌شود، در شرایط مشابه از باب عنوان ثانوی، مصحِّح شرط بنایی نیز واقع می‌شود. طرح و تقویت این تفصیل در شروط بنایی سبب می‌شود در موارد مهم که قرارداد جریانی به‌هم‌پیوسته بوده و از چندین نشست و مذاکره تشکیل می‌شود، نگاه به معامله و ارادهٔ سازندگان آن از مقدمات و مبانی قرارداد گسسته نشود.

در مواردی که شناسایی شرط بنایی سبب برقراری موازنهٔ حقوق متعاقدان، لازمهٔ طبیعت معاوضه و مقتضای اصل عدالت معاوضی یا در راستای اِعمال یک قاعدهٔ عالی باشد، همچنان طبق مبنای منتخب، از مدار تعریف شرط خارج است؛ اما بنا بر اسبابی چون حکومت یا ورود عناوین ثانوی بر دلیل اولی یا به تعبیر نوین کنترل قواعد فرودست به‌وسیلهٔ قواعد برتری مانند نفی ضرر و نفی عسروحرج، اعتدال، اخلاق حسنه، نظم عمومی، کرامت انسانی و سنت‌های اجتماعی، نمی‌توان شرط بنایی را نادیده انگاشت.

گاهی علم حقوق با عقل حقوق در ستیز است و منطق عرف اجتماع، جانب دومی را ترجیح می‌دهد. «اصل حقوق آن است که متعارف مردم و عرف قاضیان فهم می‌کنند (عقل حقوق)؛ نه آنچه قانون یا

صاحب‌نظران حقوق می‌گویند. (جعفری تبار، ۴۷)؛ جایی که زوجه قبل از پیمان زناشویی به شغل پرستاری یا تحصیلات دانشگاهی مبادرت داشته و مراودات، مناسبات و تحقیقات، حاکی از آگاهی زوج بر این امر است. این نوع شروط هرچند با فهم دقیق حقوقی در متن عقد نکاح ذکر نشده و رضایت بر این وضع بین دو طرف عقد محفوظ است، اما فهم عرفی، نقض این عهد نانوشته را عادلانه نمی‌بیند و در صورت اراده بر منع از جانب شوهر، منطق زن را که «قبل از ازدواج به این شغل یا تحصیل مبادرت داشتم و می‌دانستی و با این وصف پیمان زناشویی بسته‌ایم» می‌پذیرد. این تفسیر در رویۀ قضایی نیز راه یافته است. در پرونده‌ای، دادگاه بدوی، دعوای زوجه مبنی‌بر صدور اجازۀ خروج از کشور را رد و زوجه از این تصمیم اعتراض می‌کند. مستشاران شعبۀ ۴۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با این استدلال، دادخواست تجدیدنظرخواهی زوجه را پذیرفته و حکم به قبولی خواسته و خروج از کشور صرفاً در محدودۀ کاری را صادر کرده‌اند: «... زوجه به شغل مهمان‌داری هواپیما اشتغال داشته و شغل مهمان‌داری ایجاب می‌کند که در پروازهای خارجی که مستلزم خروج از کشور است، مأموریت داشته باشد و زوج نیز به‌هنگام اجرای عقد نکاح، عالم به این موضوع بوده و اذن به ادامۀ اشتغال همسرش در شرکت هواپیمایی را داده است و عدول از اذن در حال حاضر توجیهی ندارد...» (رأی شمارۀ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۲۰۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۰۹).

عدالت، ضابطی همگانی و جهان‌شمول است و دخالت‌دادن آن در قضاوت، دغدغۀ اصلی حقوق دانانی است که برخی قواعدِ جامد را برای نشاندن حق بر مسند خود کافی نمی‌دانند. دکتر سنهوری نیز با شمردن نمونه‌های تمثیلی کوشیده است جایی را که تعهدی در چهارچوب تعریف و شمول حکم شرط ضمن عقد قرار نمی‌گیرد ولی نادیده‌انگاشتن آن با عدالت قضایی ناسازگار است، ملحق به شروط ضمن عقد کند و اثر شرط را به آن تسری دهد. نمونه‌هایی از این موارد ذکر می‌شود:

أ. تعهد بایع تنها به انجام هرآنچه برای نقل مبیع به مشتری ضروری است، منحصر نمی‌شود؛ بلکه او متعهد است از هر اقدامی که رسیدن مشتری به این حق را ممتنع یا دشوار کند، بپرهیزد. این التزام، مقتضای عدالت است؛ هرچند به‌صورت شرط در ضمن عقد درج نشده باشد.

ب. فروشندۀ ملک تجاری در مقابل مشتری ملتزم است که از رقابت با او به‌نحوی‌که منجر به کسادی کسب‌وکار و از رونق‌افتادن شغل وی شود، امتناع کند.

ج. تکنسین فنی که در کارخانه فعالیت می‌کند، ملتزم است اسرار صنعتی را که به‌واسطۀ کار بر آن وقوف یافته است، حفظ و از افشای آن به رقیب خودداری کند. بنابراین، شرط محرمانگی هرچند در قرارداد نیامده، مقتضای عدالت و طبیعت عمل موصوف است.

د. عاملی که اجیر شده تا محصولی بسازد، مکلف به حفظ و عدم افشای فرمول اختراعی است که برای کارفرما انجام داده است؛ هرچند در عقد بدان شرط تصریح نشده باشد.

ه. بیمه‌گذار در قرارداد بیمهٔ عمر، متعهد است بیماری خطیری که حیات او را تهدید می‌کند با بیمه‌گر مطرح و او را بر این امر آگاه سازد؛ درصورتی‌که این امر در قرارداد بیمه و میزان تعهدات بیمه‌گر تأثیرگذار باشد (سنهوری، ۶۹۴/۳).

برخی مواردی که به‌عنوان شروط غیرمصرّح توسط این دانشمند حقوق برشمرده شده است، همان شرط ضمنی عرفی است که در پژوهش حاضر به‌عنوان مبنای اعتبار اشتراط شناسایی شد؛ اما محور بحث دکتر سنهوری، ارشاد قاضی به قواعد عادلانه در استکمال شروط عقد و تحدید دامنهٔ آن است و اصل عدل، انگیزهٔ او برای طرح و تقویت این تئوری بوده است. دیگر نکتهٔ حائز اهمیت این است که شرط بنایی را علی‌رغم شباهت نمی‌توان با شرط ضمنی عرفی یکی دانست؛ چراکه دومی تعاهدی عرفی، به‌خودی‌خود مدلول التزامی عقد و محصول قضاوت نوعی عرف است و ازاین‌رو علم و جهل طرفین بر عرف، تأثیری در حکومت شرط ندارد؛ اما در فرض حاضر، توافق بر شرط، بین دو طرف محصور است، عقد بر آن گواهی نداده و بدون مبرز خارجی بی‌اثر است. لذا آگاهی شوهر، عنصر سازندهٔ نفوذ آن قرار می‌گیرد؛ هرچند قرینهٔ عرفی می‌تواند بار اثبات دلیل را برای زن آسان کند. در فرض مثال، اثر شناسایی شرط تبانی، نامشروع بودن و ممتنع‌شمردن منع زوج است، نه حق فسخ؛ چراکه خیار فسخ در نکاح راه ندارد.

شناسایی شرط بنایی در موارد مذکور، با نظریهٔ ادارهٔ عقد نیز سازگاری دارد. دکتر جعفری لنگرودی بر این اندیشه است که اگر عقدی بسته شد که یا فاقد شرایط لازم بود یا با موازین پذیرفتهٔ قانونگذار یا مصلحت یک طرف معامله موافق نبود، قانونگذاران برآن‌اند تاآنجاکه ممکن است حکم به بطلان ندهند؛ بلکه راه‌هایی بیابند که عقود را تحت ادارهٔ قانون قرار دهند تا کشتی شکستهٔ عقد به ساحل نجات برسد (جعفری لنگرودی، فلسفهٔ حقوق مدنی، ۲۹۶). مصلحت ملزمه‌ای که محور نظریهٔ ادارهٔ عقد را تشکیل می‌دهد، شبیه همان عناوین ثانویه است که مرکز مطالعه در این بخش واقع شد.

بنابراین، شرط بنایی از دایرهٔ تعریف شرط یا لزوم وفای به شرط خارج است و موضوع حاضر، ناظر به شرط با قطع‌نظر از هر عنوان دیگر است و باوجود اینکه انگیزهٔ دستیابی به عدالت نباید مجوز نادیده‌گرفتن قانون یا عدول از مبانی شود؛ اما اعتقاد به اجرای قانون به روش منجمد و متصلب که گاهی منجر به نتایج ناعادلانه می‌شود نیز پسندیده و مطابق ذوق و نفس سلیم نیست. بنابراین در مواردی که نادیده‌انگاشتن شرط تبانی سبب حادثه‌ای ناعادلانه و پیش‌آمدی مانند عسر، حرج یا ضرری ناروا بر طرف دیگر قرارداد شود یا با اصول کلی حاکم بر احکام، معارض باشد؛ به‌نحوی‌که موازنهٔ حقوق متعاقدان را بر هم زند، با طبیعت

معاوضه و اصل عدالت معاوضی ناسازگار باشد و تعادل معاملی را مختل کند یـا سـبب جمـع عوضـین در دارایی یکی از دو طرف قرارداد شود، دادرس با پذیرش شرط بنایی در مقام ثبوت، ناگزیر از توجـه بـه‌عنـوان ثانونی و برقراری عدالت در چهرۀ تعدیل قضایی اسـت. ایـن تأسـیس در فـرض قصـور مـدلول مطـابقی و التزامی عبارات قرارداد از کشف ارادۀ طرفین به کار می‌رود. امکانی که استفاده از آن در رویۀ قضـایی بـرای توازن حقوق متعاقدان و برقراری عدالت معاوضی دیده می‌شود.[1] بدیهی است بار اثبات شرط بنایی برعهدۀ خواهان آن است.

این نظریه در حقوق داخلی و در چهرۀ تعدیل قضایی تحت عناوینی چـون تعـدیل قـرارداد در صـورت دشوارشدن اجرا، تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مـالی، تعـدیل قضـایی قـرارداد در صـورت تغییـر اوضاع و احوال، راهبردهای حقـوقیِ جبـران کـاهش ارزش پـول در قراردادهـا و تعـادل و تـوازن اقتصـادی قرارداد، موردتوجه نویسندگان حقوق قرار گرفته است.

در نظام حقوق بین‌الملل نیز شناسایی پیش‌آمدهای غیرمنتظره و تغییر اوضاع و احوال که سبب اختلال توازن اقتصادی قرارداد و عسروحرج شده و درنتیجه، اجرای قرارداد را برای یـک طـرف مشـقت‌بـار و بـرای طرف دیگر سودآور می‌سازند، با تأسیسات نوین حقوقی مانند «هارد شیپ» حمایت شده است کـه نـوعی تعدیل قراردادی است. از این اصطلاح با تعابیری مشابهی چون شرط مذاکرۀ مجدد، شرط عدم پیش‌بینـی، شرط بازبینی و شرط انصاف نیز یاد شده است.

نتیجه‌گیری

مذاکرات متعاقدان پیش از اقدام به عقد که موردتوافق آن‌ها است اما در قالب قصد انشا وارد نمی‌شود، در اصطلاح فقهی به شروط تبانی یا شروط بنایی معروف است. نظر مشهور فقیهان آن اسـت کـه ایـن‌گونـه شروط از قلمروِ قصد انشا خارج است. در تفاهم عرفی نیز ایجاب و قبول نه به‌دلالت مطابقی و نه التزامی، این قبیل شروط را شامل نمی‌شود. شرط ضمنی مدلول التزامی عقـد و در وجـود و حجیـت، تـابع دلالـت مطابقی است. بنابر مبنای برگزیده در تعریف شرط، مشروطله به‌سبب یک شرط ضـمنی عرفـی و بـا زبـان بی‌زبانی، وفاداری خود به اصل لزوم را در عقد لازم به تحقق شرط پیوند می‌زند. پس شرط به‌معنای تعلیـق التزام شارط به لزوم عقد است. لذا شرط ضمنی یکی از عناصر تشکیل‌دهندۀ تعریـف شـرط و دلیـل اعتبـار

۱. نظریۀ حقوقی شمارۀ ۷/۹۸/۷۸۰ مورخ ۹۸/۰۶/۲۶ که در مقام تعدیل مقررات مادۀ ۲۳۰ق.م ماهیت وجه التزام گـزاف و نامتعـارف مطـابق قصـد طـرفین را گاهی نه پیش‌بینی خسارت، بلکه تنبیه عهدشکن دانسته است. «... در مادۀ ۲۳۰ق.م ایران، قابل تغییرنبودن خسارات قراردادی پیش‌بینی‌شده است؛ امـا درمـورد وجه مقرر برای تنبیه عهدشکن چنین حکمی وجود ندارد و چه‌بسا اساساً چنین شرطی خلاف نظم عمومی باشد. ازجمله قرائن مهم که بر اساس آن شرطی صرفاً برای تنبیه و جزا در قرارداد گنجانده شده است، غیرمتعارف و گزاف‌بودن آن است.»

بسیاری از تأسیسات و ماهیات حقوقی نظیر خیار عیب، خیار غبن، خیار تأخیر ثمن، خیار تخلف وصف و حق فسخ حاصل در مواردی چون خیار رؤیت و بیع از روی نمونه است. شروط بنایی از دایرهٔ شمول شـرط ضمنی خارج و شرط ضمنی نامیدن آن خطای آشکار است.

در این پژوهش ایرادات ثبوتی و اثباتیِ شروط تبانی احصا و مدلل شد. اعتباربخشی به این‌گونه شروط، انضباط حقوقی را در مقام اثبات مختل کرده، باب ادعا و مجادله را گشوده و خطرآفرین و بحث‌انگیز است. رویهٔ قضایی می‌بایست از تشتت و سرگشتگی مصون بماند و جز مواردی کـه طـرفین صـریحاً یـا بـه‌سـبب تعاهد عرفی مقصود خود را در قرارداد گنجانده‌اند، راه‌گریز از ایفای تعهدات و التزامات را با طرح ادعاهایی مسدود سازد که دلیل صریح یا ضمنی، آن را تأیید نمی‌کند.

اما در مواردی، عناوین ثانوی خود دلیل اعتبار برخی احکام قرار می‌گیرد. در طرح پیش‌روی، آنجا کـه شناسایی شرط بنایی سبب برقراری موازنهٔ حقوق متعاقدان، لازمهٔ طبیعت معاوضه و مقتضای اصل عدالت معاوضی یا در راستای اِعمال یک قاعدهٔ عالی باشد، هرچند طبق مبنـای منتخـب، از مـدار تعریـف شـرط خارج است، اما بنا بر اسبابی چون حکومت یا ورود عناوین ثانوی بر دلیل اولی یـا بـه‌تعبیـر نـوین کنتـرل قواعد فرودست به‌وسیلهٔ قواعد برتری مانند نفی ضـرر و نفـی عسـروحرج، اعتـدال، اخـلاق حسـنه، نظـم عمومی، کرامت انسانی و سنت‌های اجتماعی نمی‌توان چشم بر این حقایق بست و شـرط بنـایی را نادیـده انگاشت.

منابع

اصفهانی، محمدحسین، حاشیهٔ مکاسب، ج۳، قم: ذوی القربی، ۱۴۳۱ق.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین، مکاسب، ج۶، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۴ق.

تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، ج۳، قم: دارالصدیقة الشهیدة، ۱۳۸۵.

جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰.

خمینی، روح‌الله، کتاب البیع، ج۵، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۸.

خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، ج۳، قم: داوری، ۱۳۷۷.

سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، ج۳، بیروت: حلبی، ۲۰۰۰م.

عابدی، احمد، دروس خارج فقه، قم: بی‌نا، ۱۳۹۷.

محقق داماد، مصطفی، نظریهٔ عمومی شروط و التزامات، ج۱و۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
مکارم شیرازی، ناصر، بررسی طرق فرار از ربا، قم: مدرسهٔ امام علی‌بن‌ابی‌طالب(ع)، ۱۳۸۹.
نائینی، محمدحسین، منیة الطالب، به‌تقریر موسی‌بن‌محمد خوانساری، ج۳، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی، ۱۴۳۳ق.